

RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA

*Me. Maria Aracy Menezes da
Costa'BRASIL*

1. LA CUESTIÓN PUESTA.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CONYUGALIDAD

- 2.1 Primera corriente: reparación civil por daño moral resultante del ilícito absoluto.
2.2 Segunda corriente: reparación civil por daño moral en virtud de violación de los deberes conyugales.

3 REPARACIÓN CIVIL POR DAÑO MORAL EN CONSECUENCIA DE RUPTURA DE NOVIAZGO.

4 REPARACIÓN CIVIL POR DAÑO MORAL EN LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES.

5. CONCLUSIÓN: LA POSICIÓN DE LA AUTORA.

¹ Jueza de Derecho ya jubilada; Abogada Litigante; Master en Derecho por la Pontificia Universidad Católica do RS PUC/RS; Doctoranda en Derecho por la Universidad Federal do RS- UFRGS; Licenciada em Letras por la Facultad de Filosofía da UFRGS - Universidad Federal do Rio Grande do Sur - BRASIL. Especialista em Planejamento Educacional pelo curso de Pos-Graduación em Educação - UFRGS (Universidad Federal do Rio Grande do Sur) - BRASIL .Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones en la Facultad de Derecho de PUC/RS y Escuela Superior de Magistratura de la Asociación de Jueces do RS -ESM AJURIS. Consultora Editorial da Revista da AJURIS (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul). Consultora Editorial Internacional da Revista de Direito de Família de Costa Rica – COSTA RICA

RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA

1. La cuestión puesta

No se tratará, en este artículo, del aspecto general de la responsabilidad civil en el Código Civil Brasileño de 2002, con sus alteraciones, presupuestos y tipos de daños, lo que es objeto de estudios de muy competentes juristas brasileños. La propuesta de ahora es centrar la discusión, desde luego, en Derecho de Familia, con la responsabilidad civil en esa rama del Derecho y, por eso, muy particular.

Cuando las figuras de la víctima y del ofensor están inseridas en el mismo contexto familiar, la responsabilidad civil rompe la intimidad del Derecho de Familia y adentra en los hogares de las familias brasileñas.

La familia, que en las palabras de Maria Celina Bodin de Moraes², ha dejado de ser institución para ser un instrumento, en el que la personalidad de cada uno de sus miembros tiene mayor autonomía, y cada uno de sus componentes es el autor de sus propias opciones, como cuando eligen mantener o no el vínculo de la conyugalidad.

El Nuevo Código Civil modificó o cambió el eje de la familia, pasando el centro de la conyugalidad para la filiación. Cambió la familia y cambió el concepto de responsabilidad civil *Me. Maria Aracy Menezes da Costa*¹

Cuando ocurre el daño, hay un perjuicio; pero, antes, el perjuicio era de la víctima, que restaba sin el debido resarcimiento. Hoy, el perjuicio es del opresor, que no resulta impune, teniéndose en cuenta la posibilidad de la recepción del daño y de la responsabilidad civil incluso dentro de la familia.

Así puesta la cuestión, cabe examinar, en este estudio, dos aspectos de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia: la responsabilidad en la relación de conyugalidad y la responsabilidad en las relaciones paterno-filiales.

En primer lugar, examinaremos el vínculo de la conyugalidad y la reparación civil por daño moral.

2. Responsabilidad civil en la conyugalidad

Dentro de esa línea, existen hoy dos nítidas corrientes relativas a la responsabilidad civil en el Derecho de Familia.

La primera corriente se refiere a la reparación civil por daño moral resultante del ilícito absoluto, al paso que la segunda corriente acoge la reparación civil por daño moral en virtud de violación de los deberes conyugales.

2.1 Primera corriente: reparo civil por daño moral resultante de ilícito absoluto

La primera corriente que será examinada se refiere exclusivamente a los artículos 186 y 927 del Código Civil, que abordan ilícito absoluto y el derecho de resarcimiento de la víctima de tal ilícito.

2 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em relações de família, in: PEREIRA, Rodrigo da Silva. Afeto, ética e família no Novo Código Civil. Belo Horizonte, Del Rey - IBDFAM, 2004, passim.

Art. 186: *Aquel que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, violar derecho y causar daño a otro, aunque exclusivamente moral, comete acto ilícito.*

Art. 927: *Aquel que, por acto ilícito (arts. 186 y 187), causar daño a otro, estará obligado a repararlo.*

En esa estela, se encuentra el ilícito absoluto, y el daño en consecuencia de un acto ilícito, que por fuerza de ley proporciona una indemnización. No importa la caracterización del agente del acto nocivo y tampoco a quien se constituye la figura de la víctima. No se consideran, ahí, ni las relaciones de parentesco, ni el vínculo de conyugalidad. El daño tanto puede haber sido causado por el vecino rabioso, cuanto por el marido enfurecido, y la calificación del agente como marido no altera ni para más ni para menos su obligación de indemnizar.

Al respecto, Regina Beatriz Tavares da Silva enseña que

[...] las agresiones físicas, las ofensas morales, el atentado a la vida del cónyuge, incluso por medio de contaminación de enfermedad grave y letal, como el SIDA, el abandono moral y material del consorte, son solamente algunos ejemplos de tantas otras prácticas ofensivas y lesivas a los derechos de la personalidad. Véase que el desamor, por si sólo, no genera el derecho a la indemnización, ya que amar no es deber jurídico, inexistiendo acto ilícito en la falta de amor. Es indispensable el relleno de los presupuestos de la responsabilidad civil —acto ilícito (violación al deber conyugal) y daño (moral o material), ligados por el nexo causal—, para que quepa la reparación civil en el rompimiento del matrimonio, pero nuestro sistema jurídico torna indispensable el previo o concomitante procedimiento de separación judicial culposa, por ser la única sed en que cabe la demostración del incumplimiento de deber conyugal (Código Civil de 2002, art. 1.572, caput).

Los mismos principios se aplican a la unión estable².

De este modo, vemos que el ilícito está siendo analizado y recibido de una forma general, pero dentro de una relación de conyugalidad, sin cualquier innovación real en su aplicación.

² <http://www.ultimainstancia.com.br/.php?idNoticia=366>

2.2 Segunda corriente: reparo civil por daño moral en virtud de violación de los deberes conyugales

La segunda posición doctrinaria admite reparación del daño cuando uno de los miembros de la pareja causa daño moral al otro en consecuencia de la violación de los deberes conyugales. De esa forma, si el marido engañó a la mujer, o viceversa, y esa infidelidad ocasionó dolor, vejación, sufrimiento, humillación que sufren a la normalidad, existe un daño moral que deberá ser indemnizado. Sin embargo, María Celina pregunta si el dolor, la vejación, la humillación y el sufrimiento se constituyen en elementos suficientes para su configuración jurídica. ¿Cuál es la intensidad, la duración, y cómo podrán los sentimientos de frustraciones resultantes ser verificados objetivamente?

En los Estados Unidos, donde el derecho brasileño fue buscar elementos para el daño moral, el sistema es diferente. Allí, al contrario de Brasil, el juez crea la norma que va a ser aplicada en el caso concreto, sin la necesidad de indicar la fuente legal. Aquí es muy necesario acudir a la previsión legal para su aplicación. María Celina indica los objetivos de la aplicación del daño moral en EE UU:

[...] i) punir el ofensor por su mal comportamiento; ii) evitar posibles actos de venganza por parte de la víctima; iii) desalentar preventivamente el ofensor y la colectividad de la práctica de comportamientos socialmente dañosos cuando el riesgo de ser obligado a compensar el daño no constituir remedio persuasivo lo suficiente d) remunerar la víctima por su empeño en la afirmación del propio derecho, a través del cual se consigue un refuerzo general del orden jurídico⁴.

Así, el daño moral se constituye en la lesión, en la violación de una de las bases que componen la dignidad humana.

[...] tenemos por dignidad de la persona humana la calidad intrínseca y distintiva de cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguren la persona tanto contra todo y cualquier acto de cuño degradante y deshumano, como vengan a garantizarle las condiciones existenciales mínimas para una vida sana, además de propiciar y promover su participación activa y también responsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos. (Ingo Wolfgang Sarlet)⁵.

Por esto, el ser humano debe ser protegido. La dignidad de la persona humana se constituye en uno de los fundamentos de la República Federativa del Brasil, conforme la Constitución Brasileña. Todos los sectores del orden jurídico democrático tienen la dignidad de la persona humana como soporte. Por eso mismo, queda difícil, desde un enfoque hermenéutico, el delineamiento de contornos y límites del principio de la dignidad de la persona humana. Su ampliación a numerosas connotaciones trae el riesgo de generalizaciones indebidas, de ser atribuida al principio un grado tan elevado de abstracción que llegue a hacer inviable su propia aplicación.

Luiz Edson Fachin destaca la necesidad de una interpretación tópico-sistemática que lleve a una "corrección hermenéutica"⁶ del Derecho Civil, en atención a los preceptos constitucionales de tutela y promoción de los derechos fundamentales.

En relación con esto, el Prof. Miguel Reale dice que el mundo del derecho tiene que ser visto bajo tres puntos de vista inseparables para que se tenga una visión completa de la experiencia jurídica: el punto de vista de los valores, el punto de vista de las normas y el punto de vista de los hechos⁷.

Juarez Freitas enseña que, jerarquizando, el intérprete jurídico sabe priorizar: principios, normas y valores⁸.

Aunque se tengan decisiones de tribunales que acojan la segunda teoría (reparación civil por

4 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em relações de família, in: PEREIRA, Rodrigo da Silva. Afeto, ética e família no Novo Código Civil. Belo Horizonte, Del Rey - IBDFAM, 2004, p. 406.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição/Federal: Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

6 Ídem, Ibídem.

7 REALE, Miguel. Os legados de Norberto Bobbio. www.migalhas.com.br Migalhas de peso.

violación de los deberes conyugales), la doctrina se inclina a quedarse con la primera, o sea, solo cabe reparación civil cuando hay daño —lo que no puede ser confundido con violación de los deberes conyugales—. Y el elemento diferenciador parece estar asentado exactamente en la distancia que existe entre el Derecho Civil propiamente dicho y el Derecho Civil de las relaciones de familia. Un hecho innegable es que el Derecho de Familia tiene contornos propios, reconocidos a partir del concepto de matrimonio y su naturaleza jurídica, que se aleja de un contrato puro y simple para asumir contornos de un contrato de Derecho de Familia.

En las relaciones de familia, sufrimientos, tristezas, vejaciones y humillaciones son sentimientos presentes en la vida de cada persona que compone la entidad familiar. Estos son diferentes de las lesiones a la personalidad, cárcel privado, violencia física, violencia moral, duradera humillación impuesta por una persona a otra⁹. Aquellos (sufrimientos y otros), por sus propias características, no proporcionan reparación civil, al paso que estos (violencia física, moral y otros), porque son ilícitos absolutos, están abrigados bajo el manto de la responsabilidad por daño moral.

En conformidad con la segunda corriente, los deberes conyugales violados proporcionan la reparación civil. De ese modo, no podrá uno de los cónyuges hurtarse a los deberes expresos en el art. 1566 del Código Civil, so pena de sufrir proceso indemnizatorio por daño moral:

Art. 1566. Son deberes de ambos cónyuges:

- I fidelidad recíproca;
- II vida en común, en el domicilio conyugal;
- III mutua asistencia;
- IV mantenimiento, guarda y educación de los hijos;
- V respeto y consideración mutuos.

A este artículo, que correspondía en el Código Civil de 1916 al art. 231, fue aun añadido al Nuevo Código Civil Brasileño el Art. 1.573, que ejemplifica imposibilidades de vida en común, y abre al juzgador la posibilidad de recibir otras causas:

Art. 1.573. Pueden caracterizar la imposibilidad de la comunión de vida la ocurrencia de alguno de los siguientes motivos:

- I adulterio;

- II tentativa de muerte;
- III sevicia o injuria grave;
- IV abandono voluntario del hogar conyugal durante 1 (un) año continuo. V condena por delito infamante; VI conducta deshonorosa.

Párrafo único - El juez podrá considerar otros hechos que tornen evidente la imposibilidad de la vida en común.

La más férrea defensora de la teoría de la reparación civil por trasgresión a los deberes del matrimonio es la Profesora Regina Beatriz Tavares da Silva, autora de la obra Reparación civil en la separación y en el divorcio, aunque afirme que “el amor no es un sentimiento exigible jurídicamente, no es un deber conyugal”¹⁰.

De acuerdo con el pensamiento de Regina Beatriz,

[...] delante de grave incumplimiento de deber conyugal, que acarree daño moral o material al

8 FREITAS, Juarez. Interpretação sistemática do Direito. 3ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Malheiros Editores, 2002, pp. 113-145.

9 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais e relações de família, p. 409.

consorte, el ordenamiento jurídico debe asegurar al ofendido el derecho a la reparación¹¹.

Y, en el entendimiento de la autora,

[...] la declaración de culpa no es, por lo tanto, una intervención indebida del Estado en la intimidad de la pareja, ya que la apuración de acto ilícito, en el caso de incumplimiento de deber conyugal, y la fijación de la indemnización admisible por los daños de ahí resultantes, es la tutela jurisdiccional que tiene el derecho de buscar el lesionado [...] ¹².

Al abordar la cuestión de la cohabitación, que podría tener como contenido también el débito conyugal, cuyo sentido es de prestación sexual, afirma la autora que débito conyugal es una expresión impropia, porque no hay deuda sexual entre los cónyuges. Por otro lado, enseña que

[...] el rechazo reiterado e injurioso cuanto a la manutención de relación sexual acarrea el incumplimiento del deber de respeto a la integridad psicofísica y a la autoestima del consorte, en los términos del art. 1.566, V y 1.724 del Código Civil de 2002¹³.

La defensa de tal tesis ya ha costado a la autora no solo severas críticas, lo que sería perfectamente aceptable en un universo de juristas que defienden ideas antagónicas, pero fue ella objeto de pesadas bromas, acompañadas de caricaturas que circularon por Internet, de (des)conocida autoría.

Personalmente, la autora no acepta la tesis de la eminente jurista Regina Beatriz, lo que no impide de reconocer el brillo del trabajo de esa profesora en la Universidad, abogada litigante, y su incesante investigación en la esfera científica con el objetivo de fundamentar sus teorías. En esa línea de divergencia respetuosa, Maria Celina Bodin de Moraes, tampoco acompaña a Regina Beatriz Tavares da Silva, conforme afirmó en su palestra en el IV Congreso Nacional de derecho de Familia: Mi posición sobre este tema ha sido, en gran medida, opuesta a la de la Profesora, y creo que esto

representará para los presentes, y principalmente para nosotras mismas, una significativa ocasión de reflexión y aprendizaje¹⁴.

Maria Celina afirma que la solución para el incumplimiento del débito conyugal sería la separación de la pareja, en razón de la ruptura de la vida en común. Pero, si se suman a eso elementos de violencia física o moral, humillación continua delante de los hijos o de terceros, estaremos delante de un ilícito civil, punible con reparo por el daño practicado¹⁵.

Del mismo modo que la relación conyugal tiene inicio por el acuerdo de voluntades, no

adelanta permanecer en una unión con la que el otro no está de acuerdo. Si ya no están presentes el amor, la confianza, el respeto; el remedio jurídico es la separación.

10 SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Débito Conyugal, in: PEREIRA, Rodrigo da Silva. Afeto, ética e família no Novo Código Civil. Belo Horizonte, Del Rey 011IBDFAM, 2004, p. 533.

11 Ídem, p. 536.

12 Ídem, p. 537.

13 Ídem, p. 536.

14 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais e relações de família, p. 400. 15 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais e relações de família, p. 411.

La indemnización por incumplimiento de los deberes conyugales, al revés de traer una solución al problema existente, va a exasperar todavía más el ánimo del partícipe culpable. Estaría concretizándose, en el sentido de la palabra, la amenaza hecha por el consorte victimado: “voy a hacerlo pagar por eso”. Y hace pagos al contado!¹⁶ El carácter del daño moral, en el caso, sería meramente punitivo, y jamás pedagógico. El acogimiento del daño moral en esas circunstancias “agrava el ya grave cuadro de mercantilización de las relaciones existenciales”¹⁷.

Recuerda Maria Celina Bodin de Moraes que “la victimación es una de las más tristes características de nuestro tiempo y la responsabilización excesiva es la otra cara de esa moneda”¹⁸. En cuanto a esto, afirmó Todorov, filósofo búlgaro y profesor visitante en universidades americanas, cuando apuntó el espíritu de heroísmo del americano siendo sustituido por lo ideal victimario; además destacó que siempre se busca la responsabilidad de los otros para lo que no nos va bien en la vida.

Si mi hijo se cae en la calle, la culpa la tiene la ciudad, que no hizo las aceras llanas lo suficiente [...] si hoy no soy feliz, la culpa la tienen mis padres en el pasado, de mi sociedad en el presente: ellos no hicieron lo necesario para el desarrollo de mi personalidad. La vacilación que puedo tener es saber si, para obtener la reparación, me vuelvo hacia un abogado o a un psicoterapeuta; pero, en ambos casos, soy una víctima y no se considera mi responsabilidad¹⁹.

Para el cónyuge que ocasionó la ruptura de la sociedad conyugal, hay medidas judiciales admisibles para el reconocimiento de la culpa del otro, con las debidas sanciones. El Nuevo Código Civil mantuvo la culpa en la separación, aunque la doctrina y la jurisprudencia sigan, hasta hoy, luchando para eliminar el cuestionamiento de la culpa en la separación judicial. Así, el artículo 1.578 dispone sobre la pérdida del derecho del cónyuge culpable usar el apellido del otro, y el art. 1.694, en su párrafo único, determina que “[...] los alimentos serán apenas los indispensables a la subsistencia, cuando la situación de necesidad resulte de la culpa de aquél que los pleitea”.

Aun en la discusión de la culpa en la separación, en lo que se refiere a los alimentos, el cónyuge inocente desprovisto de recursos tendrá derecho a alimentos civiles. Y el art. 1.704 del CC todavía

deja muy claro que el culpable deberá primero buscar alimentos de sus parientes, y solo en último caso, el otro cónyuge se los alcanzará y, si tiene que hacerlo, serán solo los alimentos “naturales”, en valor “indispensable a la supervivencia”.

En el análisis de la responsabilidad civil por daño ocasionado por el rompimiento del matrimonio, hay que considerar que, con el advenio de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 y del Código Civil, inexistió la figura del consorte hiposuficiente, y la situación de igualdad entre los cónyuges, poco a poco, en la práctica se está concretizando, y en razón de esa igualdad, hay un emparejamiento de fuerzas, con el equilibrio entre los componentes de una pareja.

3. Reparación civil por daño moral en consecuencia de la ruptura del noviazgo

En cuanto a la ruptura del noviazgo, hay posiciones divergentes sobre la posibilidad de reparo civil por daño moral.

16 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais e relações de família, p. 412.

17 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais e relações de família, p. 413. 18 Ídem, p. 400.

19 Ídem, p. 401

Nuestro derecho precodificado, con indiscutible influencia canónica, tenía ya a finales del siglo XVIII, herencia del derecho romano, especie de cláusula penal para el caso de que no cambiaran, por ocasión del ajuste, las arras esponsalicias. El novio que renunciaba al matrimonio respondía por pérdidas y daños, pero sin exceder el perjuicio material. Asimismo con el término de la exigencia de la figura de los esponsales, permaneció en nuestro derecho una fuente generadora de probables daños morales²⁰. Cualquiera de los novios es libre para arrepentirse y no querer casarse, hasta el momento del matrimonio. Asimismo, se entiende que la ruptura del matrimonio sin motivos pueda traer algún daño al otro novio. ¿Podrá el arrepentimiento ser compelido a reparar el perjuicio resultante de la ruptura unilateral e injustificada de la promesa de matrimonio? Si la novia adquirió ajuar, hubo alquiler de inmueble, compra de muebles, si ella presentó dimisión en su empleo en función del nuevo domicilio futuro de la pareja, entonces habría viabilidad de una acción de indemnización fundamentada en el art. 186 del CC, incluso con reparación para el daño moral.

La ruptura del noviazgo, por sí solo, no ocasiona reparación por daño moral/pensamiento predominante. El art. 1.514 del NCC destaca el elemento volitivo como componente del acto del matrimonio. Cualquier desistencia de uno de los novios por cierto causará al otro sentimiento de sufrimiento. El libre albedrío y el sufrimiento ocasionado por una desistencia de matrimonio, confrontados, llevan a la conclusión de que prevalece el principio de la libertad, componente de la dignidad humana²¹.

4. Reparación civil por daño moral en las relaciones paterno-filiales

Si por un lado hay casi una unanimidad respecto a la no indemnización por daños morales en virtud del matrimonio, el mismo no ocurre en relación con el resarcimiento de daños en consecuencia de las relaciones paterno-filiales. La base de la tendencia a acoger el daño moral en las relaciones paterno-filiales reside en la diferenciación de fuerzas y de poder.

Una relación de conyugalidad, hoy, debe ser marcada por la igualdad de fuerzas. Hace algún tiempo la situación no era esa.

[...] lo que históricamente determinó a las mujeres la ausencia de derechos y la sumisión al patriarcado fue una circunstancia de imposición por la fuerza, reiterada por las costumbres y por las instituciones, y al mismo tiempo endosada por el propio derecho²².

La relación paterno-filial, al contrario de la relación en la conyugalidad, está marcada por la desigualdad entre los constituyentes, vinculando la parentalidad: los hijos son más débiles; los padres son más fuertes.

En ese sentido, Giselda Hironaka enseña que “los hijos vienen al mundo dependiendo completamente de sus padres, así permaneciendo mientras no se hacen adultos o se emancipan”²³.

20 SILVA, Américo Luís Martins da. Teoria Geral do dano moral – evolução histórica do dano moral – o dano moral no direito comparado – danos morais e direito brasileiro – reparação civil do dano moral.. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 297/298.

21 MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais e relações de família, , P. 411.

22 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, responsabilidade civil na relação paterno-filial, in PEREIRA, Rodrigo da Cunha, org. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte, IBDFAM, Del Rey, 2002, p. 416.

Regina Beatriz enseña que en las relaciones entre padres e hijos, especialmente en el ejercicio de los deberes referentes a la guarda, mantenimiento y educación, también se aplican los principios de la responsabilidad civil, de modo que el genitor que incumple deber para con los hijos y le causa daños morales o materiales a la prole, también puede ser condenado al pago de la debida indemnización. Defiende, también, que el Derecho de Familia, que regula las relaciones de los cónyuges, de las parejas y de los padres e hijos, no está en un pedestal inalcanzable por los principios de la responsabilidad civil.

Enseña aun que en un pensamiento diverso, al imaginar que pone la familia en un nivel superior, en verdad, deja de ofrecer protección a sus miembros, impidiéndoles la utilización del más relevante instrumento jurídico que garantiza condiciones existenciales de la vida en sociedad: la reparación civil de daños. Además de eso, los deberes de familia serían transformados en simples recomendaciones, sin las debidas consecuencias por su trasgresión en favorecer su incumplimiento²⁴.

También Maria Celina acoge la responsabilidad civil en las relaciones paterno-filiales, considerándose el fundamento en la responsabilidad de los padres en relación con los hijos. La solidaridad familiar tendría un planteamiento diferenciado de aquel de la conyugalidad. La vulnerabilidad de la parte más débil —el hijo— en contraposición con la fuerza de los padres, sería el elemento diferenciador y el soporte para el acogimiento de reparación civil por daños morales causados por los padres a los hijos.

5. Conclusión:

La posición de la autora

El ilícito civil, puro y simple, por cierto es pasible de indemnización, incluso por daño moral, en las diversas esferas, hasta en la esfera de la Familia.

Sin embargo, con la debida venia de los entendimientos diversos, no me parece que ni en las relaciones de conyugalidad, ni en las relaciones paterno-filiales, que la falta de amor o la omisión de cumplimiento de deberes afectivos se preste para una indemnización por daño moral. El padre que alimenta al hijo, pero no lo visita, si es condenado a pena pecuniaria por su omisión, llevándose en cuenta el supuesto daño moral que ocasionó al hijo, será un padre que jamás volverá a acercarse a aquel hijo. Si antes ya no lo visitaba, todavía más rencoroso se quedará con la condena pecuniaria.

La condena monetaria por daño moral en consecuencia de relación afectiva no concretizada, no tiene el don de restablecer, mágicamente, el afecto y el amor que faltaban antes. El padre que no visitaba al hijo que estaba bajo la guarda materna, si condenado a pagar una indemnización al hijo porque no le acompañó en los juegos de fútbol, o a la hija porque no asistió a su presentación de ballet, no tendrá restablecido su amor por un toque de magia, ni mucho menos por un toque de bolígrafo del juzgador.

No es eficaz ese remedio buscado y ya aplicado. El pago no restablece el amor. Puede ser que el amor exista y no haya sido debidamente desarrollado: o por culpa de la propia madre, que dificultaba las visitas; o por culpa de la nueva mujer del padre, que sentía celos; o por culpa de las propias circunstancias de la vida, que pueden apartar el padre geográficamente del sitio donde reside el hijo del primer matrimonio. O muchos otros motivos, que, en la mayoría de las veces, no consta en el proceso...

En las relaciones conyugales, la indemnización por daño moral tiene el aspecto meramente punitivo

23 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, Rponsabilidade civil na relação paterno-filial, p. 415.

24 http://www.ultimainstancia.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=366

indemnizatorio y en ninguna hipótesis se consigue vislumbrar en la medida cualquier carácter pedagógico. Fue la pareja la que rompió la relación. El pago en dinero no va a restablecer la relación, pero sí va a pagar el daño del ofendido, que nunca más quiere ver al ofensor. De esa forma, se tiene un bien inmaterial no alcanzado (la fidelidad, o el respeto), más una punición pecuniaria/bien material por el inalcanze del bien inmaterial y la ruptura de la relación; pero el resultado es exactamente el resultado esperado, pues la pareja está separada, y ni pretende más la reconciliación, ¡no tiene esperanza de volver al matrimonio!

Bien inmaterial no alcanzado
+ punición material
= ***rompimiento del vínculo afectivo***

Infidelidad, Vejación
+ \$\$\$\$
= ***Pareja separada***

Por otro lado, en las relaciones entre padres e hijos, ¡la situación es muy diversa! En las relaciones paterno-filiales, solamente se puede justificar el instituto si es admitido el carácter exclusivamente punitivo de la reparación por daño moral. Sin embargo, si alguna persona pretende sostener que la imposición de pago de indemnización civil por daño moral de un padre que no visita al hijo tiene carácter pedagógico, y busca de esa forma restablecer la relación interrumpida, esa teoría no sobrevive. Pagar por la falta de amor no restablece el amor; pagar por la falta de compañía, tampoco puede restablecer el placer de convivir. El pago por el “daño” implica ruptura de la relación. Y en las

relaciones paterno-filiales lo que se pretende no es la ruptura del vínculo, pero sobretodo la animación del vínculo do amor.

Bien inmaterial no alcanzado
 + punición material
 = **¿restablecimiento del vínculo afectivo?**

Incumplimiento de visitas
 + \$\$\$
 = **¿Restablecimiento de las visitas?**

De esa forma, considerando el objetivo diverso entre el primero y el segundo: uno de rompimiento de vínculo entre la pareja y otro de restablecimiento del vínculo entre padre e hijo, roto momentáneamente, pero no de forma definitiva como en el vínculo de la conyugalidad ¡En las relaciones paternofiliales es un grande equívoco la condena al pago de indemnización civil por daño!

Si hubiera otro tipo de punición, si hubiera una "pena alternativa", si el padre en falta fuera condenado a visitar un orfanato, puede que sus sentimientos adormecidos o empedernidos fueran suficientemente revueltos y él pudiera dimensionar el sufrimiento de un hijo abandonado emocionalmente. Pero, imputarle un pago en dinero como forma de producir amor y atención se constituye en una forma despreciable de exigir algo que no se puede obligar. Tal vez, el padre forzado por no más ser condenado a la pena pecuniaria, vaya, sí, a buscar al hijo que lo demandó, y va a dejarlo en su casa, en compañía apenas de una buena empleada de hogar. Al fin y al cabo, ¡el padre está "cumpliendo" la visitación! ¿Será ese el mejor remedio para su hijo?... ¿Será eso lo que quiere la Justicia?... ¿Cuál es el bien jurídico que se busca?...

Es muy propio un cuestionamiento hecho con propiedad por dos componentes del Tribunal de Justicia del Estado de Río Grande del Sur – Brasil: el Juez de Tribunal Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves y la representante del Ministerio Público, Maria Regina Fay de Azambuja en sus palestras, "¿y los padres pobres, que no tienen como pagar el daño moral causado, se quedarán exentos de punición?"

Y se puede, aún, preguntar: ¿La indemnización civil por daño moral es solo para los padres ricos? Si la cuestión no es de alimentos, pero de amor, atención, ¿cómo cobrar amor y atención del padre pobre, también insolvente afectivo?

Y, finalmente... ¿El amor se cobra?... ¿O el Rezar y el Amar, no se pueden obligar?...

¡Es bueno empezar a pensar!